1. Jahrgang / November 2010 / Nr. 6

# ballaktuell

Baurecht - Baubetriebswirtschaft - Baumanagement

Herausgegeben von Detlef Heck / Georg Karasek / Arnold Tautschnig

Interview mit Manfred Bauer

Spezialisten kommen mit Anforderungen des Marktes besser zurecht

**Hubert Resch** 

Das Partnerschaftsmodell nach der ÖNORM B 2118

Katharina Müller/Mara-Sophie Häusler

Kostenüberschreitung beim ÖNORM-Vertrag

Wolfgang Müller

Die Ermittlung und Prüfung behinderungsbedingter Mehrkosten

Anton Egli

Das Streiterledigungsmodell nach der VSS-Empfehlung 641 510 (1998)

Christian Theuermann

**Bau-Projektcontrolling** 

**Wolfgang Hussian** 

Aus der aktuellen Rechtsprechung

Das letzte Wort hat Rainer Kurbos



# Kostenüberschreitung beim ÖNORM-Vertrag Muss der Auftragnehmer warnen (§ 1170a ABGB im Verhältnis zur ÖNORM B 2110)?

Katharina Müller / Mara-Sophie Häusler

Bauverträgen und anderen Werkverträgen wird häufig ein Kostenvoranschlag (im Folgenden kurz: KV) – etwa ein ausgepreistes Leistungsverzeichnis – zugrunde gelegt. Grundsätzlich regelt die ÖNORM B 2110 in der Fassung vom 1. 1. 2009 im Detail die Hinweispflichten des Auftragnehmers und die Vertragsanpassung infolge von Leistungsabweichungen. Die §§ 1168, 1168a und 1170a ABGB enthalten ebenfalls Regelungen zu Leistungsabweichungen, Hinweispflichten und Mehrkosten. Nachstehend soll das Zusammenspiel der angeführten Regelungen dargestellt und die Frage geprüft werden, welcher Anwendungsbereich für § 1170a ABGB im Bereich des ÖNORM-Vertrages bleibt.

# 1. Die gesetzliche Ausgangslage nach dem Werkvertragsrecht des ABGB

#### 1.1. Der Kostenvoranschlag

Liegt einem Werkvertrag ein KV des Auftragnehmers zugrunde, stellt sich die Frage, ob der Auftragnehmer Mehrkosten verlangen kann, wenn die tatsächlich entstandenen Kosten den im KV angebotenen Betrag übersteigen. Diesen Problemkreis regelt grundsätzlich § 1170a ABGB: Nach Abs 1 leg cit kann der Auftragnehmer keine Mehrkosten fordern, wenn er den KV "unter ausdrücklicher Gewährleistung für seine Richtigkeit" gelegt hat.¹ Das muss auch für den echten Pauschalvertrag gelten, der sich nach herrschender Lehre und Rechtsprechung vom verbindlichen KV nur dadurch unterscheidet, dass der Auftragnehmer beim Pauschalvertrag zwar das Risiko der Kostensteigerung trägt, aber auch die Chance hat, von Minderkosten zu profitieren.²

Wesentlich komplexer ist die Frage nach dem Ersatz von Mehrkosten dann, wenn der KV ohne Richtigkeitsgewähr abgegeben wird (§ 1170a Abs 2 ABGB). Ein unverbindlicher KV (auch oft etwas unglücklich als "unechter Pauschalvertrag" bezeichnet, wenn ein Gesamtpreis ermittelt wird) liegt nach der Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn die Angaben, die der Kalkulation zugrunde liegen, vom Auftraggeber stammen.3 Im für den Abschluss eines Bauvertrages typischen Fall, dass der Auftragnehmer ein vom Auftraggeber oder seinen Erfüllungsgehilfen (Planern) erstelltes Leistungsverzeichnis auspreist, wird daher in aller Regel ein unverbindlicher KV vorliegen, weshalb in der Folge das Hauptaugenmerk auf die Rechtslage beim KV ohne Gewähr gelegt wird.

# 1.2. Überschreitung des unverbindlichen Kostenvoranschlages

Nach § 1170a Abs 2 ABGB kann der Auftraggeber unter angemessener Vergütung des bisher Geleisteten

vom Vertrag zurücktreten, sobald sich eine beträchtliche Überschreitung als unvermeidlich erweist. Der Auftragnehmer hat in diesem Fall die Überschreitung unverzüglich anzuzeigen, widrigenfalls er jeden Anspruch wegen der Mehrarbeiten verliert.

Auch bei Vorliegen eines unverbindlichen KV besteht nach dieser Regelung jedenfalls kein Anspruch auf Mehrkosten, sofern diese vermeidbar sind. Eine Überschreitung ist unvermeidlich, wenn eine vertragsgemäße Herstellung zu den angebotenen Kosten nicht möglich ist.<sup>4</sup> Eine unvermeidbare Überschreitung muss der Auftraggeber hinnehmen, sofern sie geringfügig ist. Erst die beträchtliche Überschreitung der im KV genannten Summe löst die Rechtsfolgen des § 1170a Abs 2 ABGB (das Rücktrittrecht des Auftraggebers) aus. Eine beträchtliche Überschreitung soll dann vorliegen, wenn ein Ausmaß erreicht wird, mit dem der Auftraggeber trotz Unverbindlichkeit des KV nicht rechnen musste.<sup>5</sup>

Die Rechtsprechung nennt keine absolute Grenze, ab welcher konkreten Höhe die Mehrkosten "beträchtlich" sind. Eine starre Grenze lässt sich schon deshalb nicht angeben, weil in die Betrachtung miteinbezogen werden muss, ob und inwieweit der Auftragnehmer bei Legung des KV Angaben darüber gemacht hat, von welchen Faktoren es abhängt, ob der KV eingehalten werden kann.6 Je deutlicher der Auftragnehmer diese Faktoren offengelegt hat, umso höhere Mehrkosten wird der Auftraggeber akzeptieren müssen, da er in seinem Vertrauen auf den im KV enthaltenen Preis weniger schutzwürdig ist. Aufgrund der vorliegenden Rechtsprechung kann ab einer Überschreitung von etwa 15 % der Auftragssumme (maßgeblich ist die Überschreitung der Endsumme)<sup>7</sup> von beträchtlichen Mehrkosten ausgegangen werden.8

#### 1.3. Anzeige und Rücktrittsrecht

Der Auftragnehmer kann bei unvermeidbarer, beträchtlicher Überschreitung des unverbindlichen



DDr. Katharina Müller ist Rechtsanwältin in Wien mit dem Schwerpunkt Bau- und Vergaberecht sowie Claim-Management, Vortragende und Autorin zum Bauvertragsrecht.



Mag. Mara-Sophie Häusler ist Rechtsanwaltsanwärterin in Wien.

<sup>1</sup> Gegenüber Verbrauchern muss der Auftragnehmer ausdrücklich erklären, wenn er keine Richtigkeitsgewähr übernehmen will (§ 5 Abs 2 KSchG). Außerhalb des Anwendungsbereiches des KSchG ist im Zweifel ein KV ohne Gewähr anzunehmen; vgl Weselik/Hussian, Der österreichische Bauprozess (2007) 128; Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts II<sup>13</sup> (2007) 258 mwN.

<sup>2</sup> Karasek, ÖNORM B 2110<sup>2</sup> (2009) Rz 1446; RIS-Justiz RS0022059; zuletzt OGH 26. 1. 2010, 9 Ob 98/09s.

<sup>3</sup> OGH 23. 10. 1974, 5 Ob 177, 178/74, JBI 1975, 322.

Rebhahn in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1170a Rz 8; Krejci in Rummel, ABGB³, § 1170a Rz 15.
 Krejci in Rummel, ABGB³ (2000) § 1170a Rz 15; M. Bydlinski in

<sup>5</sup> Krejci in Rummel, ABGB³ (2000) § 1170a Rz 15; M. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² (2007) § 1170a Rz 6.

<sup>6</sup> M. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>2</sup>, § 1170a Rz 6.

<sup>7</sup> OGH 29. 10. 1963, 8 Ob 286/63, EvBl 1964/319; 13. 1. 1981, 5 Ob 578/80, JBl 1983, 150; 30. 3. 2006, 8 Ob 139/05g, bbl 2006/127.

<sup>8</sup> Karasek (ÖNORM B 2110², Rz 1406 mwN zur Judikatur) geht von einer Grenze bei etwa 10 bis 15 % aus.

KV seinen Anspruch auf das erhöhte Entgelt nur wahren, indem er dem Auftraggeber die Überschreitung unverzüglich, das heißt ohne unnötigen Aufschub ab Kenntnis der Unvermeidlichkeit der Überschreitung9 und noch bevor er weiterarbeitet und damit Mehrkosten verursacht,10 anzeigt (§ 1170a Abs 2 Satz 2 ABGB). Diese Anzeige muss hinreichend deutlich erfolgen. Ist die Angabe des genauen Mehrbetrags noch nicht möglich, so muss der Auftragnehmer doch zumindest darauf hinweisen, dass die Überschreitung beträchtlich sein wird.<sup>11</sup>

Die Anzeige eröffnet dem Auftraggeber zwei Möglichkeiten: Er kann die Mehrkosten akzeptieren und insoweit eine Anpassung des Vertrages herbeiführen oder vom Vertrag zurücktreten (§ 1170a Abs 2 Satz 1 ABGB). Tritt der Auftraggeber zurück, so hat er für die bisher geleisteten Arbeiten des Auftragnehmers eine angemessene Vergütung zu leisten. Warnt der Auftragnehmer den Auftraggeber hingegen nicht ordnungsgemäß vor der drohenden Kostenüberschreitung, so soll er nach der zitierten Bestimmung keinen Anspruch auf die übersteigenden Kosten haben und erhält nur das unter Zugrundelegung des KV vereinbarte Entgelt.

#### 1.4. Kostenüberschreitung und Sphärentheorie

Nach einem Teil der Lehre und Rechtsprechung soll das Rücktrittsrecht und damit die Anzeigepflicht aber nur dann bestehen, wenn das Ergebnis mit der Sphärentheorie, die im Werkvertragsrecht die Gefahrtragung regelt, in Einklang zu bringen ist. Nach der Sphärentheorie hängt nämlich das Bestehen des Entgeltanspruchs bei Unterbleiben der Werkausführung davon ab, wessen Seite ("Sphäre") der Grund für die Nichtausführung zuzurechnen ist. Außerdem spricht das Gesetz dem Auftragnehmer eine "angemessene Entschädigung" zu, wenn sich die Werkausführung aus Gründen, die in der Sphäre des Auftraggebers liegen, verzögert (§ 1168 ABGB). Das ABGB regelt daher jene Fälle ausdrücklich, in denen das Werk überhaupt nicht zur Gänze ausgeführt wird oder aber die Ausführung verzögert und damit erschwert wird. Im ersten Fall soll der Auftragnehmer den Entgeltanspruch behalten, muss sich aber seine Ersparnis anrechnen lassen, im zweiten Fall hat er Anspruch auf erhöhtes Entgelt, also die daraus resultierenden Mehrkosten. Unstrittig ist, dass § 1168 ABGB sowohl für den Werkvertrag auf Basis eines unverbindlichen KV als auch für den verbindlichen KV, also auch für den echten Pauschalvertrag, gilt. Auch beim echten Pauschalvertrag hat der Auftragnehmer daher jedenfalls Anspruch auf Mehrkosten, wenn die Werkerstellung durch Umstände aus der Bestellersphäre verzögert wird.

Die Rechtsprechung bejaht die Analogiefähigkeit der §§ 1168 und 1168a ABGB12 und dehnt den Anwendungsbereich dahingehend aus, dass Mehrkosten des Auftragnehmers wegen Mehraufwendungen, die

auf Umstände in der Bestellersphäre zurückzuführen sind, immer gefordert werden können, unabhängig davon, ob sie aus einer Verzögerung oder anderen Erschwernissen resultieren. Nach dem OGH sind Mehrkostenforderungen selbst bei Zugrundelegung eines KV unter ausdrücklicher Gewährleistung im Sinne des § 1170a Abs 1 ABGB nicht ausgeschlossen, sodass dem Auftraggeber weder in diesem Fall noch bei Zugrundelegung eines KV ohne Gewährleistung im Sinne des § 1170a Abs 2 ABGB, bei dem das Vertrauen auf dessen Einhaltung von vornherein geringer ist, ein Rücktrittsrecht zusteht. In beiden Fällen gebührt dem Auftragnehmer wegen Mehraufwendungen, die auf Umstände in der Auftraggebersphäre zurückzuführen sind, eine angemessene Aufstockung des Werklohnes. In älteren Entscheidungen hatte der OGH den Grund für die Kostenüberschreitung noch ausdrücklich für unbeachtlich erklärt, 13 nunmehr aber in zwei weiteren Entscheidungen diese Meinung bestätigt.<sup>14</sup> Nach der neueren Judikatur hat der Auftraggeber daher kein Rücktrittsrecht, wenn die Kostenerhöhung aus seiner Sphäre herrührt, sodass auch eine Anzeige des Auftragnehmers entfallen und dieser die Mehrkosten jedenfalls fordern kann.

Krejci, auf den sich der OGH in diesem Zusammenhang beruft, sieht nämlich den Zweck der Sphärentheorie in einer umfassenden Entlastung des Auftragnehmers von allen Risiken, die auf Seiten des Auftraggebers liegen. 15 Daher ist nach seiner Ansicht der Anwendungsbereich des § 1170a ABGB um jene Fälle einzuschränken, in denen die Gründe für die Kostenüberschreitung der Sphäre des Auftraggebers im Sinne des § 1168 ABGB zuzuordnen sind. 16

Von den Gegnern dieser Rechtsansicht wird gegen die Anwendung der Sphärentheorie auf die Fälle der Kostenüberschreitung ins Treffen geführt, dass § 1168 ABGB nur das gänzliche Unterbleiben des Werks und die zeitliche Verzögerung mittels Sphärentheorie löst. 17 Nach dieser Ansicht kann der Auftragnehmer bei einer Pauschalpreisvereinbarung oder einem KV mit Gewährleistung grundsätzlich auch dann keine Mehrkosten verlangen, wenn die Ursache dafür in der Sphäre des Auftraggebers liegt, es sei denn, die Mehrkosten wären aus einer Verzögerung des Projekts entstanden (§ 1168 ABGB). Für den KV ohne Gewährleistung und die für diesen bestehende Anzeigepflicht der Kostenüberschreitung nach § 1170a ABGB hat dies – nach Ansicht der Gegner der umfassenden Anwendung der Sphärentheorie zur Folge, dass der Auftragnehmer Mehrkosten unabhängig von deren Ursache immer anzeigen muss, um seinen Anspruch auf Vergütung zu wahren.

Die Meinung, die eine analoge Anwendung der Sphärentheorie auf alle Erschwernisfälle ablehnt,18

Krejci in Rummel, ABGB3, § 1170a Rz 19; Rebhahn in Schwimann, ABGB3, § 1170a Rz 9; Weselik/Hussian, Bauprozess, 129.

<sup>10</sup> M. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>2</sup>, § 1170a Rz7

OGH 29. 11. 1962, 6 Ob 296/62, EvBl 1963/145; 23. 10. 1974, 5 Ob 177, 178/74

OGH 19. 3. 1985, 5 Ob 519/85

ZB OGH 13. 1. 1981, 5 Ob 578/80.

OGH 14. 4. 1999, 9 Ob 66/99t; 7. 4. 2000, 7 Ob 67/00d.

Krejci, Bauvertrag: Wer trägt das Baugrundrisiko? (1995) 91.

Krejci in Rummel, ABGB3, § 1170a Rz 7 und 25 f.

Rebhahn in Schwimann, ABGB<sup>3</sup>, § 1168, Rz 46; M. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB2, § 1170a Rz 9.

Voraussetzung einer analogen Anwendung einer Norm ist immer das Vorliegen einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes. Dass durchaus gute Gründe für die Differenzierung zwischen den geregelten Fällen und sonstigen Mehrkosten sprechen, haben Rebhahn (in Schwimann, ABGB3, § 1168 Rz 46) und Kerschner (Vergütungsanspruch wegen Mehraufwands beim Werkvertrag, in FS Welser [2004] 443 [448]) dargelegt.

beruft sich auf den unterschiedlichen Zweck der Regelungen: Während die Sphärentheorie auf dem Grundgedanken beruht, dass jeder Vertragsteil die Risiken aus seinem Bereich beherrschen kann und ihm der Nachteil aus der Verwirklichung eines Risikos daher eher zugemutet werden kann, anerkennt § 1170a ABGB eine besondere Schutzwürdigkeit des Auftraggebers bei Vorliegen eines KV. Aus der Natur des Werkvertrages ergibt sich die Besonderheit, dass der Auftraggeber - sofern kein Pauschalpreis vereinbart ist - im Vorhinein nicht weiß, welche finanzielle Belastung ihn letztlich treffen wird. Ganz anders gelagert ist der Ausgangsfall des § 1168 ABGB, da der Auftraggeber bei Unterbleiben des Werks zwar weniger bekommt, als er bezahlt, aber nicht mehr bezahlen muss, als vereinbart war. 19 Versucht der Auftraggeber nun, die Kosten im Vorhinein abzuschätzen, indem er einen KV erstellen lässt, so soll er nach dem Zweck des § 1170a ABGB auch auf diese Einschätzung in gewissem Rahmen vertrauen dürfen. Sobald eine erheblich größere finanzielle Belastung droht, soll er die Möglichkeit haben, zu entscheiden, ob er diese in Kauf nehmen kann und will. Diese Abwägung ist auch deshalb gerechtfertigt, weil den Auftragnehmer diesbezüglich ein viel geringeres Risiko trifft: Die bisher geleisteten Arbeiten müssen jedenfalls abgegolten werden.

Beide Rechtsmeinungen gehen aber jedenfalls davon aus, dass der Auftraggeber in seinem Vertrauen auf den KV nicht mehr schutzwürdig ist, wenn ihn an der Ursache für die Kostenüberschreitung ein Verschulden trifft. In diesem Fall kann der Auftragnehmer immer Mehrkosten auch ohne vorherige Anzeige fordern.20

## 1.5. Ergebnis nach ABGB

Zusammenfassend lassen sich folgende Punkte festhalten: Der OGH misst in Anlehnung an Krejci der Sphärentheorie auch in der Frage der Kostenüberschreitung Bedeutung zu, sodass der Auftragnehmer unabhängig von einer allfälligen Anzeige Anspruch auf Mehrkosten hat, wenn diese auf einen Umstand aus der Sphäre des Auftraggebers zurückzuführen sind. Ob ein Verschulden des Auftraggebers vorliegt, spielt keine Rolle. Nach dieser Ansicht beschränkt sich der Anwendungsbereich des § 1170a ABGB im Ergebnis auf Mehrkosten, die aus der neutralen Sphäre resultieren,<sup>21</sup> da diese nach ABGB nicht dem Auftraggeber zugerechnet wird.<sup>22</sup>

Nach dem Wortlaut des Gesetzes gilt die Sphärentheorie allerdings nur für Mehrkosten aus zeitlichen Verzögerungen. Nach der Gegenmeinung ist daher auch für die Fälle des KV ohne Gewähr streng zwischen Ansprüchen nach § 1168 ABGB (aus Verzögerung, keine Anzeigepflicht) und sonstigen Mehrkostenforderungen (Anzeigepflicht unabhängig von der Ursache) zu unterscheiden.

Unstrittig ist der Fall, wenn den Auftraggeber ein Verschulden an der Kostenerhöhung trifft; dann steht dem Auftragnehmer immer ein Anspruch auf Mehrkosten ohne Anzeigepflicht zu.

# 2. Die Regelungen der ÖNORM B 2110 2.1. Mehrkosten nach der ÖNORM B 2110

Kapitel 7 der ÖNORM B 2110 regelt die Geltendmachung von Mehrkostenforderungen im Fall von Leistungsabweichungen.<sup>23</sup> Im Gegensatz zum Werkvertrag auf Basis des ABGB räumt die ÖNORM B 2110 dem Auftraggeber das Recht ein, in den Leistungsumfang einseitig einzugreifen. Eine Anspruchsgrundlage für Mehrkostenforderungen nach ÖNORM-Vertrag ist daher die Leistungsänderung (gemäß Punkt 3.7.1 definiert als Leistungsabweichung auf Anordnung des Auftraggebers). Gemäß Punkt 7.1 ist der Auftraggeber berechtigt, den Leistungsumfang zu ändern, sofern dies zur Erreichung des Leistungsziels24 notwendig und dem Auftragnehmer zumutbar ist. Diese Anordnung führt zu einer Vertragsänderung und berechtigt den Auftragnehmer zur Forderung von Mehrkosten.

Eine weitere Anspruchsgrundlage für Mehrkosten ist die Störung der Leistungserbringung, die gemäß Punkt 3.7.2 eine Veränderung des Leistungsumfangs ist, deren Ursache nicht aus der Sphäre des Auftragnehmers kommt und die keine Leistungsänderung darstellt, also nicht vom Auftraggeber angeordnet wurde. Diese Definition geht weit über den Begriff der Behinderung im Sinne der ÖNORM B 2110 in der Fassung vom 1. 3. 2002 hinaus und bezieht etwa auch reine Massenänderungen ein, sofern sie nicht aus der Sphäre des Auftragnehmers resultieren. In der oben dargestellten Systematik des ABGB in seiner Auslegung durch den OGH können Ansprüche wegen Störungen der Leistungserbringung im Sinne der ÖNORM B 2110 jedenfalls auf § 1168 ABGB gestützt werden.<sup>25</sup>

## 2.2. Anmeldepflicht

Nach Punkt 7.3 der ÖNORM B 2110 hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts vor Ausführung der Leistung dem Grunde nach nachweislich anzumelden - abgesehen vom Fall der Offensichtlichkeit - und in jedem Fall der Höhe nach ehestens zur Prüfung vorzulegen. Im Fall von Störungen der Leistungserbringung ist ein Anspruch auf Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts ebenfalls dem Grunde nach ehestens nachweislich anzumelden - auch bei Offensichtlichkeit. Auch diese Ansprüche sind der Höhe nach ehestens in prüffähiger Form vorzulegen. Punkt 7.4.3 regelt, dass bei Versäumnis der Anmeldung Anspruchsverlust in dem Umfang eintritt, in dem die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Auftraggebers zu dessen Nachteil führt.

Rebhahn in Schwimann, ABGB3, § 1168 Rz 46; Kerschner, Vergütungsanspruch, 449.

Krejci in Rummel, ABGB<sup>3</sup>, § 1170a Rz 24; Rebhahn in Schwimann, ABGB3, § 1168 Rz 44; Kerschner, Vergütungsanspruch,

Zur neutralen Sphäre gehören etwa Naturkatastrophen wie orkanartige Stürme (OGH 3. 10. 1903, GIUNF 2460) und unvorhersehbare Erdrutsche (OGH 22. 5. 1928, 2 Ob 343/28, SZ 10/137)

<sup>22</sup> Krejci in Rummel, ABGB3, § 1168a Rz 6.

Punkt 3.7 der ÖNORM B 2110 definiert die "Leistungsabweichung" als Veränderung des Leistungsumfangs entweder durch eine Leistungsänderung oder durch eine Störung der Leistungs-

Punkt 3.9 der ÖNORM B 2110 definiert "Leistungsziel" als den aus dem Vertrag objektiv ableitbaren, vom Auftraggeber angestrebten Erfolg der Leistungen des Auftragnehmers.

So auch Karasek, ÖNORM B 2110<sup>2</sup>, Rz 1003

Diese Regelung verfolgt einen ähnlichen Zweck wie § 1170a Abs 2 ABGB: In beiden Fällen soll der Auftraggeber die Möglichkeit haben, durch rechtzeitige Disposition Mehrkosten zu vermeiden. Im Unterschied zu § 1170a Abs 2 ABGB räumt die ÖNORM B 2110 dem Auftraggeber aber kein Rücktrittsrecht ein; der Auftraggeber hat allerdings die Möglichkeit, durch Abbestellen einzelner Leistungen (bei gleichzeitiger Nachteilsabgeltung gemäß Punkt 7.4.5) Mehrkosten zu vermeiden,26 die Leistungsänderung rückgängig zu machen oder im Fall von Störungen der Leistungserbringung Maßnahmen zur Minderung der daraus resultierenden Folgen zu setzen. Wird ihm dieses Recht genommen und erleidet er dadurch einen Schaden, kann er diesen unter den allgemeinen Voraussetzungen des Schadenersatzrechts gegen den Entgeltanspruch einwenden.

## 2.3. Die Sphärenregelung

Anders als das ABGB regelt die ÖNORM B 2110 in Punkt 7.2 explizit die Sphären des Auftraggebers und des Auftragnehmers. Demnach gehören alle vom Auftraggeber zu Verfügung gestellten Unterlagen, Stoffe und Anordnungen zur Sphäre des Auftraggebers, während alle sonstigen Ereignisse (insbesondere das Kalkulationsrisiko) der Auftragnehmersphäre zugeordnet werden. Die neutrale Sphäre (unvorhersehbare und unabwendbare Ereignisse) wird hingegen - abweichend von der Rechtslage nach ABGB dem Auftraggeber zugeordnet.<sup>27</sup>

# 2.4. Ergebnis nach der ÖNORM

Festzuhalten ist, dass die ÖNORM B 2110 die Sphärentheorie in ihrem weitesten Anwendungsbereich aufgreift und dem Auftragnehmer immer einen Mehrkostenanspruch zubilligt, wenn sich der Leistungsumfang infolge von Ursachen ändert, die nicht aus der Sphäre des Auftragnehmers stammen. Damit wird über die Interpretation von § 1168 ABGB, wie Krejci und der OGH sie vornehmen, noch hinausgegangen und die neutrale Sphäre letztlich dem Auftraggeber zugeordnet. Der Auftragnehmer hat also auch bei Ursachen, die in der neutralen Sphäre liegen und Mehrkosten verursachen, Anspruch auf Mehrentgelt. Zu beachten sind freilich die sonstigen Voraussetzungen der ÖNORM B 2110, insbesondere die Anmeldepflichten nach Punkt 7.3. Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass die ÖNORM B 2110 jedenfalls nur dann gilt, wenn ihre Geltung vertraglich vereinbart wurde. Die Qualifikation der §§ 1168 und 1170a ABGB als dispositives Recht, das durch vertragliche Vereinbarung abgeändert werden kann, ist unstrittig.

Für die Frage des Anwendungsbereiches des § 1170a ABGB im Bereich der ÖNORM-Verträge ergeben sich daraus zwei Konsequenzen: Zunächst unterscheidet die ÖNORM B 2110 nicht zwischen verbindlichen und unverbindlichen KV, sondern gewährt im Fall von Störungen der Leistungserbringung unter den oben genannten Voraussetzungen immer einen Anspruch auf Anpassung des Entgelts. Dies gilt auch im Fall von Leistungsänderungen; für diesen Fall kommt § 1170a ABGB aber ohnehin nie zur Anwendung, da Leistungsänderungen nach ABGB nur über Vereinbarung der Parteien möglich sind. Die Hinweispflicht des § 1170a Abs 2 ABGB und das daraus resultierende Rücktrittsrecht werden durch die Vereinbarung der ÖNORM B 2110 im Fall von Leistungsabweichungen abbedungen, weil sowohl die Anmeldepflichten bei Mehrkosten als auch die Rechtsfolgen bei Nichterfüllung dieser Anmeldepflichten anders geregelt werden. Einerseits verschärft die ÖNORM B 2110 die Hinweispflicht des Auftragnehmers im Vergleich zur dispositiven Regelung des § 1170a ABGB, weil jede Mehrkostenforderung ungeachtet der Frage, ob sie beträchtlich im Sinne der oben dargestellten Rechtsprechung ist, dem Grunde nach anzumelden und der Höhe nach ehestens zur Prüfung vorzulegen ist.<sup>28</sup> Andererseits mildert sie aber die Rechtsfolgen im Fall der Verletzung dieser Hinweispflicht, da der Auftraggeber kein Rücktrittsrecht, sondern lediglich einen Schadenersatzanspruch aufgrund des Eingriffs in seine Dispositionsfreiheit hat.

Immer dann, wenn Mehrkosten aus einer Leistungsabweichung resultieren, bleibt beim ÖNORM-Vertrag daher kein Raum für die Regelung des § 1170a ABGB. Denkbar wäre ein Restanwendungsbereich der Hinweispflicht nach § 1170a Abs 2 ABGB, wenn sich nur die Preise (nicht aber der Leistungsumfang) erhöhen und diese Erhöhung nach der konkreten Vertragsgestaltung an den Auftraggeber weitergegeben werden kann. In der Regel wird aber auch in diesen Fällen insbesondere durch Indexklauseln ein abweichendes Prozedere vertraglich vereinbart sein. Der Anwendungsbereich des § 1170a ABGB beim ÖNORM-Vertrag ist daher verschwindend klein.

## Zusammenfassung

Ein Bauwerkvertrag kann auf Basis eines verbindlichen oder unverbindlichen KV abgeschlossen werden. Die Hinweispflicht auf drohende Kostenüberschreitungen besteht grundsätzlich nach § 1170a ABGB nur bei unverbindlichen KV. Nach der neueren Judikatur des OGH entfällt die Hinweispflicht bei Kostenüberschreitungen, wenn diese ihren Grund in der Sphäre des Auftraggebers haben. Begründet wird dies mit einer weiten Anwendung der aus § 1168 ABGB abzuleitenden Sphärentheorie. In den Anwendungsbereich des § 1170a ABGB fallen nach dieser Judikatur nur noch Kostenüberschreitungen, die ihren Ursprung in der neutralen Sphäre haben.

Die aktuelle Fassung der ÖNORM B 2110 ändert die Regelungen des ABGB ab; jede Mehrkostenforderung aus Leistungsabweichungen ist anzumelden; eine Verletzung der Anmeldeverpflichtung berechtigt den Auftraggeber aber nicht zum Vertragsrücktritt, sondern zur Geltendmachung von Schadenersatzforderungen. Für § 1170a ABGB verbleibt daher beim ÖNORM-Vertrag nur ein geringer Restanwendungsbereich. Insbesondere wird auch die neutrale Sphäre dem Auftraggeber zugewiesen.

Karasek, ÖNORM B 21102, Rz 1350.

Karasek, ÖNORM B 21102, Rz 1184.

Ausgenommen im Fall der Offensichtlichkeit bei Leistungsänderungen – siehe oben unter Punkt 2.2.

# bau aktuell-Jahr eSabo

inklusive **Onlinezugang** un d **app** zum Heft-download





# **BESTELLEN SIE JETZT IHR JAHRESABO**

Ja, ich bestelle Exemplare		
bau aktuell-Jahresabonnement 2014 inkl. Onlinezugang und App (5. Jahrgang 2014, Heft 1-6)		<b>EUR 106,40</b> Statt EUR 133,-
	Preise exkl. MwSt. und Versandspesen. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges r ng, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abop	
Name/Firma	Kundennummer	Linde Verlag Ges.m.b.H.
Straße/Hausnummer		Scheydgasse 24 PF 351, 1210 Wien
PLZ/Ort	E-Mail	Tel: 01 24 630-0 Bestellen Sie online unter
Telefon (Fax)	Newsletter: □ ja □ nein	www.lindeverlag.at oder via E-Mail an office@lindeverlag.at
Datum/Unterschrift		oder per Fax — 01/24 630-53
Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356		

